



UNICEUB – CENTRO DE ENSINO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
CESAPE – CENTRO DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

**Flexibilização em face do princípio da proteção
do Direito do Trabalho**

PAULO MARTINS VIEIRA

BRASÍLIA, DEZEMBRO DE 2004

Flexibilização em face do princípio da proteção do Direito do Trabalho

PAULO MARTINS VIEIRA

**Monografia apresentada ao CESAPE/UNICEUB,
junto ao Departamento de Pós-Graduação, como
pré-requisito para obtenção do grau de
especialista em Direito Material e processual do
Trabalho, sob orientação da Professora Tânia
Cristina S. Cruz.**

BRASÍLIA, DEZEMBRO DE 2004

AGRADEÇO:

A DEUS, fonte de toda a sabedoria;

Minha FAMÍLIA – Vera, Lucas e Gabriela –, alegria e motivo do meu viver;

Meus PAIS, pela dedicação dispensada e educação que agora completa mais uma etapa;

À Professora e orientadora TÂNIA, pela ajuda inestimável;

Ao Ministro LUCIANO DE CASTILHO PEREIRA, pela revisão feita em alguns tópicos;

Ao TST, por ter investido, acreditando em mim.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar até que ponto a flexibilização dos direitos trabalhistas influi no princípio da proteção, basilar do Direito Trabalho. Para tanto, recorreremos à doutrina, com ênfase nos principais estudiosos do assunto, à jurisprudência e a *sítes* especializados.

Visando uma melhor compreensão do tema, incursionamos no passado para que, no presente “globalizado”, pudéssemos entender como se comporta a relação capital-trabalho.

Do estudo, restou claro que não se pode falar que, com a flexibilização, o protecionismo laboral sucumbira ou sucumbirá. Ele continua em vigor. Na verdade, o que se verifica é que o princípio da proteção vai ganhando, no decorrer dos tempos, diferentes configurações, ora efetivando-se pela via legislada, ora pela negocial, segundo as interferências da sociedade no campo político, econômico e cultural, próprias de cada época e lugar. Esta maleabilidade, no entanto, não lhe subtrai a essência que consiste em instrumentalizar a igualdade substancial e promover a paz social, mediante a valorização do labor humano, garantindo o mínimo de dignidade para quem trabalha, o que deve ser colocado sempre acima de qualquer interesse, quer político, quer econômico.

ABSTRACT

This work intends to analyze how the flexibilization of labor rights influences the principle of protection – essential for the labor rights itself. For so, we appeal to the doctrine, with emphasis in main scholars of the subject; the specialized jurisprudence and sites.

Aiming a better understanding of the subject, we came from past time to our “global” time in order to understand nowadays relation capital x work.

After that we could conclude that the Principle of Protection still remains in spite of the flexibilization of labor rights. We could also verified that it goes changing to adapt present time and needs. It accomplishes it self to legislative or business matters according to economic, political or cultural issues. However, this malleability does not disturbs its essence of promoting social peace and giving means of substancial equality by giving fair value of human labor and guaranteeing worker's dignity what must be placed above any political or economic interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	10
1.1 O TRABALHO E SUAS FORMAS DE APERFEIÇOAMENTO	10
1.2 O NASCIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO	11
1.3 A CRIAÇÃO DA OIT	14
1.4 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	15
2. GLOBALIZAÇÃO	18
3. FLEXIBILIZAÇÃO	20
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	20
3.2 CONCEITO	23
3.3 FLEXIBILIZAÇÃO, DESREGULAMENTAÇÃO E PRECARIZAÇÃO	25
3.4 FLEXIBILIZAÇÃO E A LEGISLAÇÃO PÁTRIA	26
4. PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO	28
4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO	29
4.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DO TRABALHO	30
4.2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	30
4.2.1.1 <i>IN DUBIO PRO OPERARIO (MISERO)</i>	31
4.2.1.2 NORMA MAIS FAVORÁVEL	32
4.2.1.3 CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA	33
4.2.2 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE	33
4.2.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE	34
4.2.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE	35
4.2.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	36
4.2.6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	37
5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EM FACE DAS NORMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO	38
6. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO SEGUNDO O TST	42

6.1 PISO SALARIAL DIFERENCIADO – MENORES DE 18 ANOS	43
6.2 AUMENTO REAL ESPONTÂNEO – ANTECIPAÇÃO COMPENSÁVEL	44
6.3 INTERVALO INTRAJORNADA – REPOUSO E ALIMENTAÇÃO	45
6.3.1 SUPRESSÃO TOTAL OU PARCIAL	45
6.3.2 DILATAÇÃO	46
6.4 ESTABILIDADE AO TRABALHADOR ACIDENTADO	47
6.5 ESTABILIDADE À GESTANTE	47
6.6 HORAS IN ITINERE	49
6.7 MINUTOS QUE SUCEDEM E ANTECEDEM À JORNADA DE TRABALHO - CARTÃO DE PONTO	50
6.8 COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	51
6.9 TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO	52
6.10 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – NORMA COLETIVA – REDUÇÃO – VALIDADE	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
ANEXOS (ACÓRDÃOS)	60

INTRODUÇÃO

A presente monografia foi elaborada visando dar subsídio à solução do seguinte questionamento: o processo de flexibilização das condições de trabalho significa uma ruptura do Direito do Trabalho com o princípio da proteção?

Por isso, a ênfase dada a estes dois institutos, flexibilização, que nada mais é que um braço da globalização, e princípio da proteção, basilar do Direito do Trabalho.

Mister se faz, então, entender o **contexto histórico** em que nasceu o Direito do Trabalho para melhor compreendermos porque uma flexibilização – e não desregulamentação – cautelosa, comprometida com o que uma nação possui de mais importante que é o seu povo, pode ser realizada em benefício deste, obedecendo aos parâmetros constitucionais da justiça social, do Estado Democrático de Direito e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Tal tópico foi desenvolvido de maneira panorâmica, sem a preocupação em detalhes, tão somente com o intuito de levar o leitor a entender o encadeamento dos fatos que impulsionaram o surgimento do direito social por excelência (Direito do Trabalho), filho de um direito contratualista, que primava e prima pelo princípio da igualdade entre as partes na relação processual (Direito Civil). Ironia ou não, umbilicalmente ligados, o princípio da proteção rompe as entranhas do Direito Civil, abrindo caminho ao surgimento do Direito do Trabalho, elegendo uma desigualdade jurídica para compensar a desigualdade econômica que reinava, e reina até hoje.

Em seguida, antes de chegarmos ao nosso destino (flexibilização e princípio da proteção), passamos pelo fenômeno da **globalização**. Aqui, merece destaque o processo de evolução: família – tribos – cidade-estado – nação – aldeia global.

Estendendo um de seus braços, como já acentuado, a globalização coloca em cena a **flexibilização** e até mesmo a desregulamentação e a

precarização. Especial atenção foi dispensada a tal tema, notadamente no que tange a sua definição, segundo renomados autores, bem como às tendências flexibilizadoras da legislação pátria.

Após, passamos a tratar a respeito dos **princípios** - os gerais e aqueles que informam o Direito do Trabalho -, cuja ênfase, conforme já ressaltado, é dada ao **princípio da proteção**, ao qual é dedicado, ainda, o capítulo 5 (**o princípio da proteção em face das normas de flexibilização**), finalizando com uma **pesquisa jurisprudencial**, referente ao entendimento de nossa Corte Superior (Tribunal Superior do Trabalho) quanto à matéria em tela.

Vários doutrinadores foram consultados no decorrer do trabalho. Dentre os quais destacamos os mestres Sérgio Pinto Martins, Plá Rodrigues, Arnaldo Süssekind e Arion Sayão Romita. Este último, mesmo com teses contrárias às nossas, enriqueceu sobremaneira nossos posicionamentos, corroborando no tocante ao alcance dos objetivos traçados, a saber:

- a) Demonstrar que é possível flexibilizar direitos trabalhistas sem que, necessariamente, haja uma afronta ao princípio da proteção;
- b) Evidenciar a importância do princípio da proteção no processo de flexibilização das condições de trabalho;
- c) Evidenciar que o alvo do princípio da proteção, ante a realidade atual, não é o empregado “x” ou “y”, nem a categoria “a” ou “b”, mas a sociedade de uma maneira geral, visando uma política igualitária para todos;
- d) Destacar a possibilidade de se flexibilizar direitos, no caso trabalhistas, e a sociedade, como um todo, lucrar;
- e) Ressaltar a importância social de uma flexibilização de direitos trabalhistas justa, acompanhada de medidas sérias, comprometidas com o bem estar da coletividade.

Por fim, ressaltamos que este trabalho monográfico não tem a pretensão de exaurir o tema, mas materializar um estudo somando com aqueles que entendem que vivemos um processo de evolução (família – tribo – cidade/estado – nação – aldeia global) e que precisamos saber como nos portar dentro desta nova realidade.

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

1.1 O TRABALHO E SUAS FORMAS DE APERFEIÇOAMENTO

A realidade, no decorrer dos séculos, nem sempre permitiu o trabalho humano livre.

Leciona Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 41) que no princípio predominava o **sistema escravagista**, considerado justo e necessário, que fazia do escravo simplesmente uma coisa, sem a possibilidade de, sequer, equiparar-se a sujeito de direito. Por sua vez, Irani Ferrari (2002, pp. 31-32) consigna que, segundo os romanos, estes nasciam ou eram feitos. A comida era sua “remuneração” com a qual obtinha o necessário para sobreviver, e o seu dono, proprietário da terra, tinha a certeza de que subsistiria fisicamente.

Tal sistema foi sendo paulatinamente erradicado por intermédio de resoluções, tratados e convenções, no entanto, até os dias atuais, verifica-se a incidência desse sistema desumano em alguns pontos do planeta.

Na Idade Média, ainda, conforme Irani Ferrari (*ibidem*, pp. 41-44), devido às mudanças sociais da época, como a falta de um governo centralizado, às invasões das cidades do Império Romano pelos povos bárbaros, e, por conseguinte, o êxodo urbano, surgiu o Sistema Feudal, onde predominou a **servidão**. O sistema servil nada mais era do que uma forma disfarçada de escravidão, em que os senhores feudais forneciam as formas de subsistência para o servo, mas, em contrapartida, inviabilizavam seu lucro e crescimento, mediante o pagamento forçado de impostos aviltantes. Destarte, os servos não usufruíam liberdade plena. Recebiam uma certa proteção política e militar do senhor feudal em troca de seu trabalho.

A partir do século XVI, foram ocorrendo profundas transformações histórico-sociais, representadas fortemente pelas cruzadas e pelo desejo dos monarcas de centralizar novamente o poder e acabar com o poderio absoluto dos senhores feudais. Para tal, incentivou-se a volta às cidades através do fomento ao

comércio. A concentração de população e mão-de-obra nas cidades deram início às **corporações de ofício**, que nada mais eram do que a união de trabalhadores que exerciam uma mesma arte ou ofício, para assegurar direitos e prerrogativas, sob uma regulamentação rígida. O homem, que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor feudal, tirando como proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua atividade, sua profissão, de forma organizada, se bem que ainda não gozando de inteira liberdade. A liberdade de produção era muito limitada, estando os trabalhadores, chamados companheiros e aprendizes, sujeitos aos dizeres dos mestres, que eram os patrões.

Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 42) apresenta, ainda, na sociedade pré-industrial, outro tipo de relação de trabalho, a **locação** (de obras e serviços). Na locação de obras (*locatio operis faciendi*) havia a execução de uma obra mediante pagamento de um resultado. Na locação de serviços (*locatio operarum*) existia uma cessão do próprio trabalho, como objeto do contrato. Aqui, configura-se uma forma de trabalho contratado ou subordinado.

Nos séculos XVIII e XIX, fatores econômicos e sociais, como o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da máquina a vapor e a concentração de mão-de-obra rural nas cidades, contribuíram para que se instalasse na Inglaterra o fenômeno da **Revolução Industrial**.

Tem-se a revolução industrial como marco propulsor do Direito do Trabalho, originando-se, este ramo, do direito do impacto causado por uma sociedade industrial com o trabalho assalariado.

1.2 O NASCIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

Historicamente, o Direito do Trabalho nasceu rompendo o mito da igualdade entre as partes numa relação contratual, eis que na origem as relações de trabalho eram regidas pelas normas de Direito Civil, que as contemplavam sob a forma de prestação de serviços e tinham como pressuposto básico a liberdade de contratar e a igualdade entre as partes contratantes (*pacta sunt servanda*).

Esse ideal liberal, fruto da revolução francesa – que levantou a bandeira “igualdade, liberdade e fraternidade” – permitiu que, à época da revolução industrial, que trouxe consigo o trabalho assalariado utilizado em larga escala em substituição ao trabalho escravo, servil e corporativo, se realizasse uma exploração do homem pelo próprio homem sem precedentes, em busca do lucro a qualquer preço. Senão vejamos:

- a) Os trabalhadores eram premidos a se engajar no novo sistema, aceitando as condições impostas pelo empregador (salários irrisórios, ambientes insalubres e perigosos, jornadas extenuantes, etc), já que, com a expansão do mercado e a industrialização, responsáveis pela produção em larga escala, não havia mais espaço para as oficinas de trabalho artesanal, as corporações;
- b) Mulheres e crianças eram recrutadas para trabalhar com salários extremamente vis, pois a força bruta dos homens não era mais essencial, ante a introdução da máquina no sistema produtivo. Ressalta-se que a primeira lei trabalhista (Lei de Peel) surgida na Inglaterra em 1802, limitava a jornada de menores nas fábricas em 12 horas. A França, em 1814, teve de editar uma lei proibindo o trabalho dos menores de oito anos;
- c) A máquina impunha uma produção perfeita e em maior escala, implicando em redução dos postos de trabalho e desemprego, obrigando os trabalhadores, que haviam se concentrado em torno das fábricas, a trabalhar de acordo com as condições impostas pelo empregador.

Assim, ficou patente para o mundo, com a revolta dos trabalhadores, incentivada, inclusive, pelo Manifesto Comunista¹ que, associando-se

¹ Nos momentos seguintes à Revolução Industrial, os operários estavam no centro das preocupações de muitos teóricos. Com a Revolução Industrial, as máquinas, que poderiam ter tornado o trabalho mais leve e humano, determinaram o aparecimento de inúmeros problemas sociais. Destacou-se como principal problema o desemprego, que promovia cada vez mais o capitalismo, que por sua vez subjugava os trabalhadores a condições subumanas de trabalho, fortalecendo ainda mais a desigualdade social e reduzindo-os à condição de “meios de produção”, não havendo qualquer preocupação moral e holística, sendo os salários pagos ao trabalhador, quase sempre, o mínimo necessário à sua sobrevivência e de sua família.

Neste contexto, Karl Marx e Friederich Engels formularam novas idéias, procurando mostrar que o Capitalismo seria destruído e, em seu lugar, surgiria o Socialismo, etapa anterior ao comunismo, o que não foi confirmado pela história. E em 1848, eles publicaram o “**Manifesto Comunista**”.

Esse Manifesto, abriu os olhos dos operários, demonstrando que este era explorado pelo sistema capitalista, conscientizando-os de que seu trabalho constituía fonte de lucro e acumulação de riquezas apenas para os burgueses.

clandestinamente, denunciavam o estado de exploração e miséria em que se encontravam, que a liberdade das partes para contratar o trabalho, que a igualdade entre as partes no contrato, em nome da qual se pregava o abstencionismo do estado liberal, eram uma farsa que servia a propósitos espúrios, forjando-se assim as primeiras leis protetivas do trabalho e a própria evolução do Estado, que passou a intervir em prol do social.

Nasce, assim, o Direito do Trabalho com este destino, que a nós se afigura eterno, a menos que haja um radical progresso espiritual da humanidade como um todo, o de proteger o trabalhador, parte economicamente mais fraca, da força avassaladora e impiedosa do capital, seja através da ação do Estado, impondo leis garantidoras de direitos mínimos, seja eliminando e (ou) suprimindo obstáculos à união dos trabalhadores na luta por seus direitos.

O Direito do Trabalho rompe, desta forma, o cordão umbilical que o unia ao Direito Civil, mediante a compreensão profunda de que a igualdade jurídica em que se funda o Direito Comum na lida com questões de direitos disponíveis entre particulares, não servia aos propósitos de um direito que se ocupa das relações de trabalho entre grupos distintos: empregadores e empregados, entre detentores do capital, autônomos, e os detentores única e exclusivamente de sua força de trabalho subordinada.

Assim, as duras condições de trabalho, salários baixos, e a exploração dos trabalhadores no sistema capitalista, levaram os operários a abraçar a causa do socialismo, que lhes prometia o fim da exploração.

Os trabalhadores, ao tomar conhecimento do Manifesto Comunista, que transmitia a idéia de solidariedade entre eles e incentivava a união da massa em sindicatos para pleitear condições satisfatórias de trabalho, incorporaram a idéia de que não tinham nada a perder com a revolução, já que não possuíam coisa alguma a não ser sua própria força de trabalho.

Desta forma, surgiram os sindicatos que desempenharam papel fundamental na união e organização dos trabalhadores. Sua meta principal era não somente a sobrevivência do trabalhador e de sua família, mas assegurar às condições humanas de labuta. Assim, os sindicatos nascem como objetivo de proteger a classe operária da exploração burguesa, obtendo aos poucos a igualdade daqueles perante a lei, o direito a greve, a regulamentação das horas de trabalho.

O trabalho, fato que era somente social, passa também a fato jurídico, surgindo as primeiras manifestações legislativas do Direito do Trabalho, intervindo o Estado para disciplinar as relações entre capital e trabalho.

Assim, foi eleita, em nome do princípio da proteção, razão do nascimento do Direito do Trabalho, visando equilibrar a relação capital–trabalho, uma desigualdade jurídica para compensar uma desigualdade econômica.

1.3 A CRIAÇÃO DA OIT

Após a primeira grande guerra mundial, com o encerramento do conflito armado, os representantes dos países vitoriosos reuniram-se em Paris, no Palácio de Versalhes, em 1919, para definir o pós-guerra. Deste encontro consolidou-se o Tratado de Versalhes, assumindo definitiva importância para a disseminação internacional do Direito do Trabalho, pois dele surgiu o projeto para a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Tal tratado mostrou para o mundo, ao inserir em seu corpo normas tendentes a proteger o trabalho humano, que não haveria a tão sonhada paz se não se cuidasse também de diminuir as desigualdades sociais. Relata o Ministro Arnaldo Süssekind (1987, p. 133) que de fato “o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas melhorar a condição humana no seu conjunto”, aliás, é o que se depreende da Constituição de 1919 da OIT (www.ilo.org), quando descreve seus objetivos: a paz universal, a justiça social e melhores condições de trabalho. A fim de que esses objetivos possam ser alcançados, ações são empreendidas mediante a elaboração de normas e cooperação técnica.

A parte XIII desse tratado é considerada a constituição jurídica do Organização Internacional do Trabalho – OIT, sendo complementada pela Declaração de Filadélfia, em 1944, e pelas reformas oriundas da Reunião da OIT em Paris realizada em 1945.

As Nações Unidas, em 30 de maio de 1946, reconheceram a OIT como organismo especializado, apto a empreender a ação que considere apropriada, em conformidade com o seu instrumento constitutivo básico, para cumprimento dos propósitos nele expostos.

1.4 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Leciona Segadas Vianna (2000, pp. 50-58) que, diferentemente do que ocorreu no Brasil, o Direito do Trabalho, pós-revolução industrial, deu-se, em países como a Inglaterra, França e México, em um contexto de forte desigualdade e lutas sociais, caracterizando-se, portanto, por movimentos ascendentes (de baixo para cima), assim compreendidos por uma forte luta de classes, a existência de uma atividade operária densa e a participação de organizações profissionais apoiando os trabalhadores.

Não foi o que aconteceu no Brasil, segundo o supracitado mestre. O surgimento do Direito do Trabalho em nosso país deu-se por movimentos descendentes (de cima para baixo), diante da inexistência de luta de classes. No Brasil, a questão social não era suficientemente forte para causar lutas ou pressões, pois, à época, o país não possuía uma atividade operária densa, e sim agrária, corroborando para a falta de associações profissionais de representatividade.

Estes movimentos descendentes instalaram-se em decorrência de influências advindas de outros países, que já possuíam leis trabalhistas em crescente produção. Outro fator de influência foi o compromisso firmado entre o Brasil e a Organização Internacional do Trabalho, no sentido de observância às normas trabalhistas.

As primeiras leis ordinárias concernentes ao Direito do Trabalho em nosso país surgiram no limiar do século XX, através de leis esparsas que tratavam de temas como o trabalho de menores, organização dos sindicatos rurais e urbanos, férias, trabalho das mulheres, relações de trabalho de cada profissão, Justiça do Trabalho, dentre outros.

Com o Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943, é aprovado o projeto da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, que é a reunião da legislação esparsa do período, dividida em duas partes: a primeira trata de direito material e a segunda, de direito processual. Teve-se como objetivo da CLT proporcionar o

conhecimento global da legislação trabalhista, assim como gerar um clima propício a industrialização sem conflito violento.

Todas as Constituições brasileiras, a partir da Constituição de 1934, passaram a conter normas de Direito do Trabalho.

Segundo a cátedra de Segadas Vianna (*ibidem*, pp. 76-78), a Carta Política de 1934, dentre outras garantias, assegurava a autonomia sindical; estatuiu a proibição de diferença de salário para o mesmo trabalhador por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; determinava a fixação de salário mínimo; proibia o trabalho dos menores de 14 anos, o trabalho noturno dos menores de 16 anos e nas indústrias insalubres às mulheres e menores de 18 anos; assegurava a indenização ao trabalhador injustamente dispensado, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, e também para esta, o descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário. Atendendo os anseios da classe trabalhadora, criou a Justiça do Trabalho.

Por sua vez, a Carta de 1937 introduziu preceitos básicos sobre repouso semanal, indenização por cessação das relações de trabalho sem justa causa, férias remuneradas, salário mínimo, jornada máxima de trabalho de oito horas, proteção à mulher e ao menor, seguro social, bem como assistência médica e higiênica. Proibiu o exercício do direito de greve.

Quanto às Constituições de 1946 e 1967/1969, ressaltamos os seguintes ensinamentos do Ministro Arnaldo Süssekind (2001, pp. 33-40):

Da Constituição de 1946 constou, no capítulo relativo à ordem econômica e social, artigo 145, que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

No tocante à organização sindical, afirmou a liberdade de associação e atribuiu à lei regular a forma da constituição dos sindicatos, “a sua representação

legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público” (artigo 159).

Já a greve foi reconhecida como direito dos trabalhadores, cabendo também à lei regular seu exercício (artigo 158). No mesmo sentido as convenções coletivas do trabalho (artigo 157, XIII).

Coube à Constituição em tela a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário (artigo 94), com competência para “estabelecer normas e condições de trabalho – poder normativo – nos casos especificados em lei, ao julgar os dissídios coletivos (artigo 122, § 2º) .

Cuidou, ainda, de elevar o tema higiene e segurança do trabalho ao patamar constitucional (artigo 154, VII), ampliando a proibição do trabalho noturno para 18 anos (artigo 157, IX).

A Carta Magna de 1967 (e EC-69), no tocante ao direito coletivo do trabalho, repetiu disposições da Constituição de 1946 sobre organização sindical (artigo 166, *caput*), mas tornou obrigatório o voto nas eleições sindicais (artigo 166, § 2º).

A greve foi incluída entre os direitos dos trabalhadores (artigo 165, XXI), à exceção dos serviços públicos e às atividades essenciais definidas em lei (artigo 162). As convenções coletivas de trabalho foram reconhecidas como instrumento de negociação entre empregados e empregadores (artigo 165, XIV).

Direitos individuais assegurados nas constituições anteriores foram mantidos na de 1967, tais como: salário mínimo (artigo 165, I); pagamento de trabalho noturno superior ao diurno (artigo 165, IV), jornada normal de trabalho não excedente de oito horas (artigo 165, VI); repouso semanal, preferencialmente aos domingos (artigo 165, VII); férias anuais remuneradas (artigo 165, VIII); higiene e segurança do trabalho (artigo 165, IX); licença gestante (artigo 165, XI); não discriminação entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os respectivos profissionais, no que tange aos direitos sociais-trabalhistas (artigo 165, XVII);

assistência médica e previdência social (artigo 165, XV, XVI, XVIII, XIX, XX e parágrafo único) e participação nos lucros da empresa (artigo 165, V).

Frise-se, ainda, que a Lei Maior de 1967 deu hierarquia constitucional ao salário família (artigo 165, II) e proibiu o trabalho da mulher e do menor de 18 anos em indústrias insalubres, o do menor de 18 anos à noite e baixou para 12 anos a admissão em qualquer trabalho (artigo 165, X).

Como decorrência do processo político favorável à democratização do país, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou, em 05 de outubro de 1988, uma nova Constituição Federal, considerada a mais avançada do mundo em direitos sociais segundo a opinião dos pesquisadores, que modificou, em alguns aspectos, o sistema jurídico de relações de trabalho, conforme constataremos em tópico próprio.

2. GLOBALIZAÇÃO

Vivemos a era do mundo globalizado, sem fronteiras.

Parafraseando o Prof. Roberto Campos, citado por Aryon Saião Romita, *in* globalização da economia e Direito do Trabalho (1997, p. 8), atravessamos a quarta globalização. A primeira foi a do Império Romano, dominando o mundo conhecido do oriente; a segunda, a das grandes descobertas dos séculos XIV e XV, no apogeu de Portugal e Espanha; a terceira, a do liberalismo e das mudanças sociais do século XIX, geradoras, mais tarde da doutrina social da igreja, marcada pela Encíclica *Rerum Novarum*², de Leão XIII. A que vivemos, a quarta, registra a presença das transnacionais, a cosmossociedade.

É uma fase de grandes transformações. As mudanças ocorrem em um piscar de olhos e essas mudanças são de tal ordem que, em face da aceleração dos movimentos de integração, o próprio conceito de soberania tende a flexibilizar-se.

Mas, o que é globalização?

Dar uma definição exata de globalização é, por demais, complicado. Por isso, concordamos com o mestre Arion Sayão Romita, em obra já mencionada, em que se exime de defini-la, argumentando: “trata-se, na verdade, de um conjunto de fatores que determinaram a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho” (*ibidem*, p. 29).

Assim, o jurista opta por traçar as características do fenômeno, que, resumidamente, são:

- a) Substituição da fábrica tradicional, resultante das primeiras revoluções industriais (taylorista e fordista) por organizações sem rigidez, com relações contratuais flexibilizadas entre patrões e empregados (modelo toyotista);
- b) O aperfeiçoamento dos meios de transporte e de comunicação facilita, significativamente, a exploração das atividades econômicas em vários centros do mundo, incrementando o deslocamento de capitais e de gerentes de um país para outro;
- c) Há uma mundialização da economia e, em consequência, dos mercados de insumo, consumo e financeiro, gerando uma quebra de fronteiras;
- d) A onda de internacionalização faz desmoronar antigas políticas econômicas como as de proteção tarifária, reserva de mercado e incentivos e subsídios fiscais, privilegiando a livre concorrência e a não intervenção estatal;
- e) Blocos econômicos surgem, objetivando tornar os custos mais baratos, bem como manter a economia dos países integrantes dentro de um padrão ascendente de crescimento;
- f) Ocorre a descentralização das atividades produtivas, permitindo às transnacionais investir no lugar ou país que lhes for mais favorável;
- g) A estabilização das macroeconomias e a redução da presença do Estado na área econômica obrigam à adoção de ajustes estruturais e privatizações;

² Encíclica papal, publicada pelo Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, a qual, pautada numa política de justiça social, preconizava o não prolongamento do trabalho por mais tempo que as forças dos trabalhadores permitissem.

- h) Valores relacionados à democratização da vida política, com ênfase à garantia dos direitos humanos são colocados em evidência, além de temas como políticas liberais, controle da arbitrariedade governamental e fortalecimento do Poder Judiciário.

Isso é globalização.

Impossível frená-la, pois faz parte de um processo natural de evolução humana. É esse o pensamento do Professor Farhang Sefidvash (1998), do *Imperial College* da Universidade de Londres, que consigna:

A humanidade, ao passar por um processo de evolução, cresceu de uma existência de simples **família** para formar **tribos**. Estes passaram a se unir em **cidades-estados** e **nações**, e agora o mundo chegou a uma condição que se conhece como "**aldeia global**", na qual todas as nações e povos do mundo se tornaram altamente interdependentes."

(...)

Nós estamos vivendo num novo mundo, dentro de uma nova realidade, enquanto muitos ainda pensam e se comportam com paradigmas superados. Estes procuram aplicar soluções estribadas em visões limitadas e nacionalistas num mundo que exige uma visão global. Por exemplo, nós tratamos de aplicar o velho conceito de "competição" no progresso dentro de um mundo com uma nova realidade, na qual somente a "cooperação" pode assegurar a prosperidade das nações. Com esta visão acontece que as nações industriais, enquanto competem entre si, são ao mesmo tempo clientes umas das outras.

(...)

O problema do mundo, portanto, não está na globalização em si, mas em não saber como viver dentro desta nova realidade. (grifo nosso)

Por isso, concordando com o ilustre professor, entendemos ser inútil lutar contra esse processo de evolução denominado "globalização". Na verdade, devemos partir do pressuposto de que ela é a própria história contemporânea em desenvolvimento e que configuraria ingenuidade insurgir-se quixotesicamente contra a história em vez de procurar explorá-la em benefício próprio.

3. FLEXIBILIZAÇÃO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito do Trabalho não pode ficar alheio à realidade econômica, política e social mundial, pois está alicerçado sobre uma realidade mutável e dinâmica.

O conteúdo da relação de trabalho, ou seja, a regulação dos direitos e deveres dos sujeitos da relação contratual de trabalho, não cessa de evoluir sob a pressão de fatores econômicos. Por isso, aqueles que defendem a flexibilização postulam maior mobilidade das condições de trabalho nas empresas, de forma que possam ser modificadas a qualquer tempo para que, em épocas de crises econômicas, possam ser mantidos os empregos e assegurada, também, a sobrevivência da empresa, diferentemente da teoria oposta que prega a necessidade de o Estado intervir nas relações de trabalho para regulá-las, principalmente diante dos excessos praticados pelo empregador contra o trabalhador, tido como hipossuficiente.

No entendimento de Sérgio Pinto Martins “é a dicotomia entre o que deve prevalecer: o econômico ou o social?” (2000, p. 13).

Como acentuou o Professor Arion Sayão Romita (1995, pp. 114-115), se o mundo assistiu a um fantástico desenvolvimento econômico nos anos 50 e 60, os anos 70 sofreram o impacto da elevação dos preços do petróleo. O progresso tecnológico causou grande impacto sobre o emprego no interior da empresa e sobre a política de emprego na visão global da economia. A crise econômica dos anos 80 levou os empregadores, nos países de capitalismo avançado, a exigir maior flexibilidade do mercado do emprego e da organização do trabalho. O Direito do Trabalho passou a ser questionado. O poder dos trabalhadores organizados em sindicatos começou a ser hostilizado: reclamava-se menor ingerência dos sindicatos.

Ainda, segundo o professor, passou-se a sustentar que está ultrapassada a concepção de estruturas universais de tipo tayloriano e fordista. Horários personalizados, acomodação do tempo de serviço, salários dependentes dos resultados e do interesse revelado pelos empregados, círculos de qualidade, equipes autônomas, transferência da gestão, negociações mediante mútuas concessões, integração do trabalhador na vida da empresa.

A própria ação do Estado foi, e ainda tem sido, questionada. Os sindicatos reivindicavam, os empregadores recusavam e o Estado decidia “no sentido do

progresso social”, a fim de estabelecer o equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho. Afirma-se que essa fase de legislação unidirecional, unilateral, uniforme e autoritária findou. Os trabalhadores não se acham mais em estado de debilidade legal em face dos empregadores.

Por isso, pregam os defensores da flexibilização ser ela o remédio para resolver o problema das crises econômicas e as do Direito do Trabalho, haja vista o novo modelo de relações trabalhistas que se afigura, visando suprir as exigências próprias de um mercado globalizado, sem fronteiras.

No entanto, há que se atentar para algumas peculiaridades inerentes aos países com tradição romano-germânica, como o nosso, pois não podemos acatar a imposição vinda de alguns segmentos da sociedade (empresários, economistas, políticos, juristas, imprensa, etc) quanto a princípios, diretrizes e procedimentos dos sistemas anglo saxônicos, como o norte americano.

Sobre esse tema o Ministro Arnaldo Süssekind ressalta que:

A flexibilização, ao contrário da desregulamentação, pode se harmonizar com os fundamentos e as finalidades do Direito do Trabalho e com os instrumentos de que se vale para a consecução da justiça social. Relevante é, porém, que respeite a geopolítica e as condições sócio-econômicas do respectivo país, assim como a tradição do Direito nacional. (SUSSEKIND. A. A transição do direito do trabalho no Brasil. In: NASCIMENTO. A. M. (Coord.). Alcance e objeto da flexibilização do Direito do Trabalho. SP: LTr, 1999. p. 37)

No Direito brasileiro, prossegue o Ministro:

Desnecessário é enfatizar que as raízes do seu Direito são romano-germânicas, da lei escrita. Por seu turno, é incontestável que ainda somos desigualmente desenvolvidos, com algumas regiões e categorias profissionais destituídas de sindicatos capazes de obterem, por meio da negociação coletiva, razoáveis condições de trabalho para seus representados. (ibdem).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio o Presidente da França, Jacques Chirac, discursando na Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 1996, em Genebra, asseverou:

Para que a modernização dê bons resultados, devemos permanecer fiéis aos respectivos modelos culturais que herdamos da história e da idéia de humanidade que forjamos. Esse é o motivo da minha profunda adesão ao modelo social europeu, sustentado na proteção social contra as vicissitudes da existência, numa tradição de diálogo social e de negociação coletiva e no reconhecimento pela coesão nacional. (BONFIM. B. C. Globalização, neoliberalismo e direitos sociais. In:MACALÓZ. S. M. et al. Globalização, flexibilização e desregulamentação. RJ: Destaque, 1997. p. 42)

3.2 CONCEITO

Registra Sérgio Pinto Martins (2000, p. 22) que a palavra flexibilização não é encontrada no dicionário, pois é um neologismo. Ela é originária do espanhol *flexibilizacion*. Contudo, o verbo flexibilizar, no infinitivo, significa o ato ou efeito de tornar flexível, elástico, ágil, maleável. É o contrário de rigidez.

Compulsando a doutrina, vários conceitos sobre a flexibilização podem ser encontrados. Convém destacar alguns, de renomados doutrinadores, que envolvem aspectos jurídicos, sociais, funcionais, de política econômica, e de gestão, dentre outros.

Para José Augusto R. Pinto, a flexibilização é a decorrência direta da globalização, a qual se define como “a sujeição dos sistemas econômicos nacionais aos interesses universalizados do capital e da atividade econômica, tornados possíveis pela conjugação tecnológica da cibernética, informática e automação” (2000, p. 283).

Luiz Carlos Amorim Robortella leciona que a flexibilização do Direito do Trabalho é:

O instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de participação de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social. (1994, p. 97 *apud* MARTINS, 2000, p. 24)

Para João Assumpção Malhadas a flexibilização é:

A possibilidade de as partes – trabalhador e empresa – estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a

regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando recíprocas concessões. (1991, p. 143 *apud* MARTINS, 2000, p. 24)

Cássio Mesquitas Barros Jr. entende que:

A flexibilização do Direito do Trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico. (1994, p. 2 *apud* MARTINS, 2000, p. 24)

Do ponto de vista sociológico, consigna Sérgio Pinto Martins, a flexibilização “é a capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas situações” (2000, p.25), acrescentando que, do ponto de vista jurídico, é “o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre capital e trabalho” (*ibidem*).

O Professor explica que conjunto porque forma um todo organizado, nunca isolado, compatibilizando regras de Direito do Trabalho com as mudanças ocorridas – econômicas, tecnológicas, sociais, políticas, etc –, havendo, assim, necessidade de adaptação ou flexibilização, de modo a adaptar o Direito à realidade, e não o inverso.

Destacamos, ainda, as seguintes definições:

Para a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE a flexibilidade é a “capacidade de os indivíduos na economia e em particular no mercado de trabalho de renunciar a seus costumes e de adaptar-se a novas circunstâncias” (OCDE-Paris, 1986, p. 6 *apud* MARTINS, 2000. p. 23).

Harturo Hoyos, por sua vez, diz que a flexibilização é:

A possibilidade de a empresa contar com mecanismos jurídicos que lhe permitam ajustar sua produção, emprego e condições de trabalho às flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico (demanda efetiva e sua diversificação, taxa de câmbio, juros bancários, competição

internacional), às inovações tecnológicas e a outros fatores que requerem ajuste com rapidez. (1990. p. 378 *apud* MARTINS, 2000. p. 24)

Mario Pasco Cosmopolis entende que flexibilização é a “modificação atual e potencial das normas laborais que se traduz na atenuação dos níveis de proteção dos trabalhadores e que freqüentemente vai acompanhada de uma aplicação da faculdade patronal de direção” (1996, p. 378 *apud* MARTINS, 2000. pp. 24-25)

3.3 FLEXIBILIZAÇÃO, DESREGULAMENTAÇÃO E PRECARIZAÇÃO

Não são sinônimas flexibilização e desregulamentação. A desregulamentação, segundo Sergio Pinto Martins (2000, p. 26) envolve ausência total de normas a respeito do trabalho, o que não ocorre na flexibilização, pois nesta são apenas modificadas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, contudo, com garantias mínimas indispensáveis de proteção ao empregado.

Em outras palavras, na flexibilização sobrevive a legislação de proteção ao trabalho com algumas normas gerais irrenunciáveis e outras que admitem adaptações. Na desregulamentação o Estado não intervém nas relações de trabalho para que a autonomia privada, coletiva ou individual disponha, sem limitações legais, sobre as condições de trabalho.

Como advertiu Jean-Claude Javiler “a desregulamentação não é uma solução”. E, não se deve confundi-la com a flexibilização, pois nesta “um núcleo de normas de ordem pública deve permanecer intangível” (Synteses, nº 23, 1996, pp. 14/16), afinal a ordem jurídica tem o dever de proporcionar e assegurar a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

Há, ainda, a precarização do trabalho que versa sobre o trabalho incerto, instável e indefinido, com regulamentação insuficiente ou inexistente, o que torna o trabalhador marginalizado, diferentemente da flexibilização que, como já salientado, pressupõe uma legislação mínima, com garantias básicas e negociações coletivas.

3.4 FLEXIBILIZAÇÃO E A LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Se atentarmos para a legislação trabalhista pátria, ao longo dos tempos, notaremos que esta tem sido flexibilizadora, sobretudo a Constituição de 1988. Senão vejamos alguns exemplos:

- a) Redução geral e transitória dos salários, até 25%, por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente em situações excepcionais da conjuntura econômica (Lei 4923/65);
- b) Ampla liberdade patronal para despedir os empregados sujeitos ao regime do FGTS (Lei 5107/67, substituída pela Lei 8036/90);
- c) Contratos de trabalho por tempo determinado: contrato por obra certa ou serviço certo (Lei 2959/56), contrato de safra (Lei 5889/73), contrato de aprendizagem (Decreto 31546/52) e contrato de trabalho de tempo determinado com redução de encargos sociais, porém dependente de negociação com o sindicato (Lei 9601/98);
- d) Contrato de trabalho temporário (Lei 6019/74 e Dec. 73841/74);
- e) Contrato de trabalho em domicílio (art. 6º e 83, da CLT);
- f) Contrato de trabalho a tempo parcial (art. 58-A, da CLT)
- g) Flexibilização das jornadas de trabalho mediante compensação de horários, estipulada em acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII, da Constituição Federal e Lei 9601/98, art. 6º, que deu nova redação ao art. 59 da CLT);
- h) Ampliação da jornada de trabalho de 6 horas nos turnos ininterruptos de revezamento, por intermédio de negociação coletiva (art. 7º, XIV, da Constituição Federal);
- i) Quebra do princípio da irredutibilidade salarial por acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI, da Constituição Federal);
- j) Participação pelo empregado nos lucros e na gestão da empresa (art.7º, XI, da Constituição Federal c/c art. 621, da CLT);
- k) Reconhecimento não só das convenções coletivas, mas também dos acordos coletivos de trabalho (art.7º, XXVI, da Constituição Federal), além de consignar a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art.8º, VI, da Constituição Federal).

Logo, percebe-se que a Carta Magna já contempla a flexibilização de certas regras de Direito do Trabalho, as quais só podem ser realizadas com a participação do sindicato, podendo ser, assim, instituídas condições de trabalho para pior, como o aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento, como para melhor, a exemplo da redução da jornada de trabalho.

Ademais, convém atentar que, na legislação trabalhista pátria, para cumprir a sua finalidade de disciplina jurídica tutelar, protegendo o trabalhador como sujeito economicamente fraco da relação contratual de trabalho, constam comandos mínimos e inflexíveis, melhor dizendo, irrenunciáveis por parte dos empregados, mas acima desses mínimos tudo é negociável, tudo será estabelecido segundo a vontade das partes, mediante os acordos e convenções coletivas de trabalho.

A eficácia da lei está assim posta em um patamar mínimo, menos do que isso é impossível, mas acima disso qualquer coisa é negociável, sem um limite máximo, a não ser para o servidor público. As categorias profissionais podem conseguir, através da lei, dissídio ou negociação coletiva, salários mínimos de categoria, às vezes chamados piso salarial.

A mesma sistemática existe quando o direito do trabalho estabelece, como proteção do trabalhador, um limite máximo, como por exemplo, a jornada de trabalho fixada em oito horas diária, de um modo geral, ressalvadas as condições especiais, onde jornadas inferiores foram criadas, como por exemplo, a do jornalista, em cinco horas diárias (art. 303, da CLT).

Para resumir, o caráter tutelar da legislação trabalhista estabelece regras que contemplam limites máximos e mínimos, sempre apontando para uma direção, na qual pode-se negociar livremente. Respeitados esses limites tudo é flexível, conforme artigo 444, da CLT, *verbis*: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Em face do exposto, concordamos com o Ministro Arnaldo Süssekind quando registra:

Na oportuna atualização da legislação brasileira:

1º) os sistemas legais se constituam de regras gerais indisponíveis, que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano;

2º) esses sistemas abram espaço para flexibilizar a sua aplicação ou para a complementação do piso protetor irrenunciável, mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumpre assegurar a liberdade sindical, tal como prevista na Convenção da OIT n. 87;

3º) a flexibilização tenha por objetivo:

a) o atendimento a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais;

b) a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho;

c) a preservação da saúde econômica da empresa e o emprego dos respectivos empregados. (SÜSSEKIND. Op. cit. p. 5)

4. PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

A melhor noção apresentada pela doutrina a respeito de princípios advém de Miguel Reale:

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de distinção e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano. (1975, p. 57)

Princípios de Direito do trabalho são as regras dogmáticas básicas que servem de alicerce para sistematização do ordenamento jurídico trabalhista.

Noutro falar, conforme leciona Plá Rodrigues (1994), os princípios são utilizados como instrumento no processo da interpretação das normas, como fonte material na fase inicial ou pré-jurídica, ou ainda, como elemento integrador do Direito em caso de omissão de norma sobre o fato concreto e até mesmo como fonte formal de Direito, supletiva, subsidiária à falta de outras normas para incidir sobre o fato concreto.

Com efeito, na ciência do Direito os princípios são de primordial importância. Contudo, não são considerados preceitos de ordem absoluta já que servem para nortear e orientar os cientistas e aplicadores do Direito, cumprindo as mais diversas funções, como enfatizam os doutrinadores, a saber:

- a) Informadora, inspirando o legislador, para servir de fundamento na elaboração da norma;
- b) Construtora, indicando e formulando uma filosofia dominante no ordenamento jurídico;
- c) Normativa, quando inseridos expressamente em norma positiva, tornando-se, no caso, aplicação obrigatória;
- d) Interpretativa, colaborando no entendimento de normas jurídicas com forma e conteúdo polêmicos; e
- e) Integrativa, como instrumentos de integração do ordenamento jurídico, substituindo direta ou indiretamente as omissões do legislador.

Observe-se que as funções normativa e integrativa têm previsão expressa na legislação trabalhista pátria, conforme se verifica no *caput* do artigo 8º, da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

Existem alguns princípios gerais de Direito que têm inquestionável aplicação no âmbito do Direito do Trabalho. São eles:

Princípio da inalterabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*), segundo o qual os acordos e convenções elaborados pelas partes não podem ser modificados durante sua vigência, devendo ser cumprido. Contudo, tal inalterabilidade não é absoluta, podendo ser alterado o pactuado em face de eventos imprevisíveis durante sua elaboração se vier a se tornar excessivamente

oneroso para uma das partes o cumprimento do acordado. É o preceito *rebus sic stantibus* que consagra a teoria da imprevisão.

Outros princípios que guardam igual importância são os da lealdade e boa-fé; da não alegação da própria torpeza; do efeito lícito do exercício regular do próprio direito; da inexistência de ilícito e respectiva penalidade sem prévia norma instituidora. Este último é adotado na fixação das figuras de justas causas (direta e indireta), que estão previstas nos artigos 482 e 483, da CLT.

4.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DO TRABALHO

Vários são os princípios norteadores do Direito do Trabalho. Seguiremos a ótica adotada por Plá Rodrigues que, se referindo ao direito individual e coletivo, consigna “Por isso, cremos que os princípios expostos tanto se aplicam em um como em outro âmbito” (ibidem, p. 25). São eles:

4.2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção é, senão o mais importante, o fundamental que orienta todo o ordenamento jurídico laboral nas suas diversas fontes: seja autônoma, seja heterônoma. A forma de atuação do princípio da proteção no Direito do Trabalho prevê tanto a via legislativa quanto a negocial, na tentativa de compensar a desigualdade que, de fato, existe entre as partes.

Apresenta-se como a pedra fundamental do Direito do Trabalho, conceituando-o Pinho Pedreira como o princípio “em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores” (1999, p. 29).

Diferentemente do Direito Comum que tem a preocupação maior de assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação principal é a de proteger a parte denominada hipossuficiente, visando alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

O fundamento desse princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho, que surgiu como uma reação à exploração desenfreada do trabalho humano, tomado como objeto de comércio na perspectiva liberal da oferta e da procura. Por isso, sendo o Direito do Trabalho um direito social, visa equilibrar as forças que se contrapõem num litígio, interpretando a favor do economicamente fraco, que é o empregado.

Em que pese não haver discrepância na doutrina quanto ao reconhecimento do princípio protetor como raiz da tutela jurídica trabalhista, no entanto são controvertidas as opiniões sobre as formas como se expressa e concretiza, sendo muitas vezes confundido com o preceito *in dubio pro operario*, que é apenas uma de suas vertentes, apesar de, reiteradamente, utilizado como sinônimo.

Por isso, adotando critério proposto por Plá Rodrigues (1994, pp. 42-43) desdobraremos o princípio ora em estudo em três **regras de aplicação**, que são:

4.2.1.1 IN DUBIO PRO OPERARIO (MISERO)

A regra *in dubio pro operário* se orienta no sentido de que, sendo uma norma passível de ser interpretada de várias maneiras, deva o Juiz, buscando a sua *ratio legis*, eleger aquela que se apresente como a mais favorável ao empregado, atentado, ao aplicá-la, que só pode ser utilizada quando existir dúvida acerca do alcance da norma legal e quando não estiver em desacordo com a vontade do legislador.

O objetivo da aplicação dessa regra é para determinar o verdadeiro sentido da norma entre os vários possíveis, por isso, diante de inexistência de norma não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador ou, muito menos, para deturpar o sentido exato da norma. Ou, ainda, para atribuir-lhe um sentido totalmente alheio ao seu verdadeiro significado.

A doutrina especializada trata da aplicação da regra em estudo, conforme leciona Pinho Pedreira:

Uma delas é a de que essa aplicação serve tanto para estender em benefício ao trabalhador (salário ou outro crédito) como para diminuir um prejuízo (entendido este como dívida a seu cargo). A segunda é a de que tal aplicação deve ser feita com moderação. Evita-se, assim, o perigo que teme Nestor de Buen de derivar a existência de 'dúvida' num desenfreado subjetivismo do tribunal de trabalho que afaste suas decisões do princípio de certeza que as deve presidir. A terceira regra a ser seguida é a de que a aplicação do brocardo pode variar conforme a fonte de que provenha a norma a ser interpretada (lei, sentença normativa, convenção coletiva, acordo coletivo, regulamento de empresa, contrato individual de trabalho). Vialard frisa bem que em todos esses casos procede a aplicação do aforismo. Recomenda o mesmo autor que em sua aplicação se tenha em conta a situação das partes, sobretudo: a) sua categoria; b) a situação especial concreta (tal o caso do jogador de futebol, que é uma 'estrela'), as características próprias da norma trabalhista aplicável. (1999, pp. 62-63).

Cabe, ainda, ressaltar que a regra em tela se aplica apenas na exegese da norma jurídica, pois em matéria de prova é inaplicável, haja vista a diferença que existe entre interpretar a norma jurídica para determinar o seu alcance e o cotejo probatório. Essa regra não permite suprir deficiências probatórias, eis que sua aplicação está adstrita ao direito material, e não ao direito instrumental, como pregam alguns.

4.2.1.2 NORMA MAIS FAVORÁVEL

Segundo essa regra, existindo várias normas aplicáveis a uma mesma situação jurídica, deve-se aplicar aquela que mais beneficia o empregado, mesmo que as normas sejam de hierarquias diferentes, ou seja, a aplicação da regra mais favorável permite realizar uma subversão na hierarquia clássica das normas, uma vez que, incidindo várias delas sobre o mesmo fato, a aplicável deverá ser a mais favorável ao empregado, mesmo em detrimento de norma hierarquicamente superior, salvo na hipótese de haver lei proibitiva do Estado.

Na ótica de Amauri Mascaro Nascimento:

Ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide

da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor. (2001, pp. 254-255).

Entretanto, não há falar, que uma norma coletiva, que assegure direitos superiores a uma norma de âmbito federal derogue esta, mas há falar que ela pode torná-la inoperante, pois a norma federal permanece em vigor norteando as vidas de outros trabalhadores não abrangidos por aquela categoria.

4.2.1.3 CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

De acordo com essa regra, a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador, por efeito da norma anterior.

Essa regra pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova condição criada por uma outra norma, ou seja, é estabelecido um critério que não permite que a superveniência de uma norma trabalhista diminua as condições concretas mais favoráveis em que já se encontre um determinado trabalhador.

A própria alínea 8ª do art. 19, da Constituição da OIT, consagra essa regra, a saber: “Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.”

4.2.2 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

Limitador da autonomia da vontade das partes, o princípio da irrenunciabilidade, que só ocorre no Direito do Trabalho, diferentemente do Direito Comum, onde impera a renunciabilidade, consigna que ninguém pode privar-se das possibilidades ou vantagens estabelecidas em seu proveito, pois sendo as normas

trabalhistas de ordem pública, estas não permitem que os empregados possam renunciar aos direitos nela previstos.

Segundo Plá Rodrigues é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio” (1994, pp. 66-67).

Não é absoluto, eis que existem direitos renunciáveis, dentre os quais as liberalidades patronais, certos excessos nos direitos subjetivos, além de direitos que trazem benefícios ao trabalhador como a venda de parte das férias.

Esse princípio encontra-se evidenciado no art. 9º, da CLT, que preceitua: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação.”

Acrescente-se, que na sua aplicação devem ser admitidas exceções com a participação de entidades sindicais, quer através da transação, mediante concessões recíprocas, quer pela renúncia, com o abandono unilateral de certos direitos, com mais incidência no campo coletivo, quer, ainda, pela conciliação, que é o acordo celebrado com a intervenção de terceiros, como ocorre no dia-a-dia da Justiça do Trabalho.

4.2.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Princípio da continuidade é aquele em virtude do qual deve o contrato de trabalho perdurar até que sobrevenha circunstâncias jurídicas tais - previstas em lei ou pela vontade livre dos pactuantes - que sejam idôneas para fazê-lo cessar.

O princípio da continuidade decorre do fato de ser o contrato de trabalho um contrato de trato sucessivo (contrato de execução continuada ou de duração), ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo, regra esta aplicável exclusivamente aos trabalhadores.

Nos termos desse princípio deve haver preferência pelos contratos de duração indefinida; facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido; resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato por vontade patronal; e, manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

Cabe acrescentar que a continuidade se sobrepõe à fraude, à variação, à infração, à arbitrariedade, à interrupção e à substituição.

Nessa seara, não se pode converter um contrato de duração indeterminada em um contrato de duração determinada. Tal conversão equivaleria a pôr fim a um contrato que deveria durar indefinidamente.

Entrementes, este princípio apresenta exceções, que são contempladas inclusive no Direito do Trabalho, seguindo a tendência flexibilizadora como, por exemplo, o contrato temporário (Lei 6019/74); o contrato por prazo determinado (Lei 9601/98), que afasta a incidência das limitações do § 2º do artigo 443 da CLT, prestigiando a autonomia coletiva das partes; e a prestação de serviço voluntário (Lei 9608/98).

4.2.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Por esse princípio, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao que ocorreu na verdade, ou seja, o que se processou no mundo dos fatos.

Logo, para a proteção do Direito do Trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho.

Em termos práticos, esse princípio se reveste de grande importância, como por exemplo, quando uma contratação formal a título de empreitada ou prestação civil de serviços mascara uma verdadeira relação de emprego, buscando-

se fugir da incidência da legislação trabalhista e, conseqüentemente, dos seus custos sociais e operacionais.

Plá Rodrigues, discorrendo sobre esse princípio, consigna:

O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências. Isso significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle. (ibidem, p. 227).

Portanto, na oposição entre o mundo real dos fatos efetivos e o mundo formal dos documentos, não resta dúvida que se deve optar pelo mundo da realidade.

Esse princípio se embasa nos seguintes fundamentos: Exigência da Boa-Fé (a realidade deve refletir sempre e unicamente a verdade. O documento nem sempre reflete a verdade); Dignidade da Atividade Humana (valorização da realidade em detrimento da formalidade); Desigualdade das Partes (notoriedade da desigualdade econômica e cultural entre empregado-empregador); e Interpretação Racional da Vontade das Partes (na realidade laboral, a ocorrência dos fatos revela a vontade real das partes).

4.2.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Esse princípio é também denominado de princípio da racionalidade e consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, deve proceder conforme a razão.

Conceituar o que é razoável é por demais penoso, haja vista a subjetividade que impera, contudo, algumas formulações podem ser propostas, como por exemplo, as seguintes: a) é a comparação e o equilíbrio das vantagens que um ato do Estado traz à comunidade, com os encargos que lhe causa; b) é a adequação entre o meio empregado pelo ato e a finalidade que ele encerra, ou ainda, c) é a conformidade do ato com uma série de princípios, aos quais se considera ligada a existência da sociedade.

A aplicação de tal princípio é de fundamental importância para a pacificação dos conflitos sociais, tendo em vista se tratar, como afirma Plá Rodrigues:

De uma espécie de limite ou freio formal e elástico ao mesmo tempo, aplicável naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis. (ibidem, p. 252).

Conforme leciona Pinho Pedreira, são numerosos os casos de aplicação do princípio da razoabilidade no Direito do Trabalho, eis que:

No exercício de um poder seu discricionário, como é o *jus variandi*, está sujeito o empregador, na prática dos atos unilaterais que lhe são lícitos, ao limite da razoabilidade, conforme acontece, por exemplo, nas transferências de função e nas alterações de horário. É inerente ao poder diretivo do empregador o direito de transferir o empregado de função desde que respeitada a sua qualificação profissional e quando o ato não acarrete humilhação, portanto não seja desarrazoado. É também inerente ao mesmo poder a faculdade do patrão de alterar unilateralmente o horário de trabalho do empregado, mas não quando, por exemplo, isto represente em abuso de direito por objetivar, maliciosamente, impossibilitar o cumprimento do contrato de emprego por parte do trabalhador. É o caso de alteração pelo empregador do horário para novo, coincidente com aquele em que venha o empregado exercendo outro emprego que, em decorrência do ato patronal, tenha de deixar ou por ele optar, sofrendo, assim, prejuízo, derivado de um ato abusivo. Nesta matéria deve-se atentar para a advertência de *Luigi de Litala* no sentido de que todo direito está subordinado a limites e o poder discricionário do empregador de alterar o horário de trabalho cessa quando se converte em arbítrio ou particulares condições da relação demonstram ser a modificação antijurídica. (1999, pp. 195-196).

4.2.6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Boa-fé é a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa pratica um ato jurídico, convicta de que age na melhor forma do direito, de acordo com todos os preceitos legais correspondentes.

A boa-fé, segundo Plá Rodrigues, não é uma norma, mas um princípio jurídico fundamental. Pode ser crença, que é uma conduta legítima sem prejudicar terceiros, ou, lealdade, no sentido de honestidade e honradez, que é o vigorante no

Direito do Trabalho, eis que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção, apresentando-se por duas vertentes: subjetiva, que é a estima, e a jurídica, que é sua conduta exteriorizada.

A boa-fé deve existir entre ambas as partes, empregado e empregador, pois representa o valor ético do trabalho.

Implícito nesse princípio, conforme leciona o mestre Plá Rodrigues, está que:

- 1) O trabalhador deve reservar ao empregador todo o tempo a que se comprometeu, evitando o trabalho para terceiros durante o horário de trabalho;
- 2) O trabalhador está impedido de revelar segredos de fabricação ou segredos comerciais do empregador;
- 3) O trabalhador deve abster-se de fazer concorrência desleal com o seu empregador;
- 4) O trabalhador deve evitar todas as formas de corrupção especificadas na legislação. (1994, p. 276).

5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EM FACE DAS NORMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO

Este é o ponto crucial de nosso trabalho. A trajetória até aqui percorrida leva-nos, indubitavelmente, a concluir que o Direito do Trabalho de hoje não é o mesmo do seu nascimento e, também, do Brasil de Vargas. O Direito do Trabalho desse início de século é um direito marcado por intensas mudanças nas relações de trabalho, em consequência da revolução da informática, pelo fenômeno da terceirização da produção e pela globalização da economia.

Trilhando essa mesma linha de raciocínio, o Professor Arion Sayão Romita, em artigo intitulado “o princípio da proteção em xeque”, consigna:

O Direito do Trabalho do século XXI não é mais aquele que, durante o Estado Novo (1937-1945), regulava as relações individuais e coletivas de trabalho em um Brasil de incipiente industrialização, submetido a um regime político caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo”.

Hoje, o Brasil é a oitava economia do mundo industrial, encaminhando-se para a civilização do conhecimento. O trabalhador industrial típico do modo de organização fordista-taylorista transforma-se no trabalhador do conhecimento e da informação. Por outro lado, o Brasil se tornou um Estado democrático de direito (CF, art. 1º).

É evidente que as mudanças ocorridas no mundo da economia, da tecnologia e da política deverão refletir-se na legislação que regula as relações individuais e coletivas de trabalho para adaptar-se às novas realidades econômicas e sociais. (Síntese Trabalhista, nº 56, junho/2002 – Doutrina).

Pois bem! Nesse mundo cada vez mais globalizado, influenciado pela tecnologia, no qual estamos inseridos e procuramos encontrar o nosso espaço, como ficam as relações de trabalho e, sobretudo, os princípios que, histórica e doutrinariamente, informam o Direito do Trabalho, mais precisamente o princípio da proteção.

O juslaboralista José Augusto Rodrigues Pinto, mediante artigo “O Direito do Trabalho no limiar do século XXI”, afirma: “O Direito do Trabalho chega ao limiar do século XXI pressionado pela necessidade de repensar seus próprios princípios históricos ..., até mesmo o da proteção ao economicamente mais fraco” (Revista LTr, ano 60, nº-8, agosto/1996, pp. 1029-1036).

Perguntamos: Será que tal princípio deverá ser repensado, ou melhor, poderá?

O Professor Romita entende que sim. Diz ele no mesmo artigo retromencionado:

A visão conservadora e resistente às mudanças se esmera na supervalorização do princípio de proteção, opondo-se à tendência renovadora, pregoeira de ‘novidades’ como flexibilização e noções afins.

(...)

Caberia, então, a indagação: a ser afastado o ‘princípio da proteção’, que princípios justificariam a autonomia científica do Direito do Trabalho? A resposta é simples: o Direito do Trabalho, considerado como disciplina jurídica, assenta sobre um só princípio, o da liberdade de trabalho. E, no caso do Direito do Trabalho vigente no Brasil, seria acrescentado o princípio da democracia.

(...)

O Direito do Trabalho, como ramo do direito que é, não pode ‘proteger’ o empregado. Deve – isto sim – regular a relação de trabalho para realizar o ideal de justiça mediante a previsão de garantias que compensem a inicial desigualdade social e econômica entre os sujeitos da relação. (Destaque nosso).

Em outro artigo (A flexibilização e os princípios de Direito do Trabalho), de forma ainda mais contundente, completa: “Fala-se em proteção do trabalhador! O princípio de favor encontra-se nitidamente em declínio no mundo. Quem defende

essa tese arcaica, ultrapassada, está em descompasso com a realidade, com a exigência econômica do mundo em que vivemos” (1995, p.123).

Em que pese toda sapiência e prestígio do mestre Arion Sayão Romita, não podemos concordar com ele. Seus fundamentos são pertinentes, porém sua conclusão, *data venia*, discordamos.

Como ele mesmo afirma, no já mencionado artigo “o princípio da proteção em xeque”, citando José Castan Tobeñas, *in La idea de justicia social*, “a justiça e o direito devem perseguir soluções de equilíbrio harmônico (que se traduzirá umas vezes em proteger o trabalhador, mas outras vezes em prestar proteção à empresa) e devem estar, sempre, a serviço da coletividade, que tem preferência sobre o interesse próprio dos indivíduos e dos grupos” (Síntese Trabalhista, nº 156, junho/2002 – Doutrina).

Pensa, também dessa forma o Professor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, da Universidade Complutense de Madri, que, ao participar do Fórum Internacional Sobre Flexibilização no Direito do Trabalho, promovido pelo TST, consignou:

A melhor forma de flexibilização é aquela que equilibra interesses de empresários e de trabalhadores. Nela, o papel do Direito do Trabalho não é o de proteger somente quem trabalha, mas sim o de proteger a empresa como entidade que gera empregos, conciliando sua prosperidade à satisfação dos interesses dos trabalhadores, incentivando a negociação entre as partes e a paz social. (<http://www.tst.gov.br/noticias> - 08.04.2003)

E arremata: “Esta é a flexibilização genuína, na qual os acordos coletivos ocupam lugar proeminente” (ibidem).

Essa, atualmente, é a tônica do princípio da proteção, a coletividade, depois de o Direito do Trabalho ter passado pelo processo histórico porque passou, objeto de estudo no item 1. Portanto, visando a coletividade, proteger a empresa pode sim significar proteger o trabalhador. Exemplo: abertura de novos postos de trabalho.

Por isso, entendemos que, visando a coletividade, flexibilizar não divorcia o princípio da proteção do Direito Trabalho.

Não se trata, aqui, de “**ideal de justiça**”, como supracitado pelo douto Professor Romita, eis que não se pode falar em justiça sem se levar em conta “processo histórico”. A esse respeito leciona Miguel Reale:

A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos.

Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades do justo.

(...)

A justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, isto é, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história. (1991, pp. 371-372)

A concepção de justiça acompanha a sociedade ao longo dos tempos, diz Miguel Reale, cuja autoridade para falar de tal tema é incontestável.

Com efeito, o mundo mudou; o Brasil mudou, bem como os ideais de cada indivíduo desde o nascimento do Direito do Trabalho e, por sua vez, o significado de proteção, em função das mudanças ocorridas no seio da sociedade. Frise-se, a concepção, porque o princípio é o mesmo desde o surgimento do Direito do Trabalho, eis que as diversas maneiras pelas quais ele pode ser aplicado é que variam de acordo com as necessidades da sociedade, em cada época e lugar.

No entanto, da mesma forma como as mudanças ocorridas não levaram ao fim da humanidade, assim também o princípio da proteção não sucumbiu.

Decerto que, a despeito da flexibilização, o protecionismo laboral continua em vigor. O que ocorre é que o princípio da proteção vai ganhando, no decorrer dos tempos, diferentes configurações, ora efetivando-se pela via legislada, ora pela negocial, segundo as interferências da sociedade no campo político, econômico e cultural, próprias de cada época e lugar. Esta maleabilidade, no entanto, não lhe subtrai a essência que consiste em instrumentalizar a igualdade substancial e

promover a paz social, mediante a valorização do labor humano, garantindo o mínimo de dignidade para quem trabalha, o que deve ser colocado sempre acima de qualquer interesse, quer político, quer econômico.

Ademais, com a palavra o Tribunal Superior do Trabalho, em brilhante voto do Ministro Luciano de Castilho Pereira:

TURNOS DE REVEZAMENTO. NÃO ESTIPULAÇÃO DE INTERVALOS PARA DESCANSO. O procedimento da flexibilização permite que se discipline de forma diversa o contrato, possibilitando até mesmo a derrogação de normas de ordem pública. Tal fenômeno não reflete uma antinomia com o princípio tutelar do Direito do Trabalho, ao contrário, vem a reforçá-lo, pois pode significar a continuidade do emprego. Ao celebrar o acordo coletivo, os empregados puderam decidir sobre a jornada de trabalho a ser fixada, considerando todas as vantagens e desvantagens daí decorrentes. Assim, pode-se presumir que, de uma forma global, a fixação do turno sem intervalos foi favorável ao autor que, aceitando tal condição, recebeu outros benefícios em contrapartida. Recurso conhecido em parte e provido. (2ª T. RR-173920/95, DJ 23/05/97) – destaque nosso.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal Superior do Trabalho, como órgão máximo da Justiça do Trabalho, no cumprimento de sua função uniformizadora da jurisprudência, vem aplicando a flexibilização às condições de trabalho, atendo-se, principalmente, a dois aspectos: a limitação aos direitos indisponíveis dos trabalhadores e a obrigatoriedade de participação da entidade de classe nas negociações que envolvam qualquer tipo de flexibilização.

6. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO SEGUNDO O TST

São inúmeros os julgados do TST tratando sobre a flexibilização, os quais vão desde a remuneração, jornada de trabalho, contratação, tempo de duração do contrato, dispensa do trabalhador e outros.

Nos propomos a apresentar aqueles pontos que são mais comuns e (ou) elucidativos, dentre os, aproximadamente, 200 acórdãos consultados, cujas ementas que reputamos mais esclarecedoras encontram-se aqui transcritas.

Destacamos os seguintes temas:

6.1 PISO SALARIAL DIFERENCIADO – MENORES DE 18 ANOS

PISO SALARIAL - MENORES DE DEZOITO ANOS. O presente feito não cuida de um fato gerador de dissídio individual, em que um empregador não tenha observado a proibição de diferença salarial por motivo de idade, contida no inciso XXX, do artigo 7º, da Constituição da República, mas de uma norma elaborada, em patamar de igualdade, pelas entidades sindicais de empregados e de empregadores, considerando seus interesses e as peculiaridades de suas atividades. **Por outro lado, a Carta Magna também agasalha princípios outros, tais como o da autonomia privada coletiva e da flexibilização (art. 7º, VI), que ampliaram a liberdade de negociação das representações sindicais, permitindo que elas assim acordem, considerando os interesses da categoria e o momento sócio-econômico.** Devido ao crescente aumento do desemprego, os segmentos econômicos e profissionais vêm se movimentando para buscar alternativas capazes de incentivar a criação de novas oportunidades de trabalho. Na hipótese, é evidente que a condição estimula a contratação de menores de dezoito anos, ao contrário da igualdade de salários que, longe de beneficiá-los, aumenta as dificuldades para esses empregados conseguirem colocação em um mercado de trabalho cada dia mais competitivo. Tratando-se de piso salarial, matéria totalmente restrita ao âmbito das negociações coletivas, os princípios supra-expendidos ganham, ainda, maior relevância para ampararem o pactuado. (Proc. TST-SDC ROAA-751930/01, rel. Min. Ronaldo Leal, DJ 03/05/02) – destaque nosso.

A flexibilização aqui permitida, proveniente de norma coletiva, deu-se objetivando a ampliação do mercado de trabalho. Palavras do Ministro Francisco Fausto, presidente do TST, à época.

“Devido ao crescente aumento do desemprego, os segmentos econômicos e profissionais vêm se movimentando para buscar alternativas capazes de incentivar a criação de novas oportunidades de trabalho” (<http://www.tst.gov.br/noticias> - 16.04.02), consignou o relator, Min. Ronaldo Leal, acrescentando: “Na hipótese, é evidente que a condição estimula a contratação de menores de 18 anos, ao contrário da igualdade de salários que, longe de beneficiá-los, aumenta as dificuldades para esses empregados conseguirem colocação em um mercado de trabalho cada dia mais competitivo” (*ibidem*).

Em sede de declaratórios, ainda no tocante a esse processo, a SDC assim ementou a sua decisão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA ESCLARECIMENTOS - PISO SALARIAL - MENORES DE DEZOITO ANOS. O convenicionado não afronta princípios ou dispositivos da Carta Magna, mas sim encontra-se amparado tanto pelos preceitos constitucionais da flexibilização e da autonomia coletiva, quanto pelo posicionamento adotado pela Constituição Federal de 1988, que privilegia a negociação coletiva, transformando-a em pressuposto para ajuizamento de dissídio coletivo, postura que tem por escopo valorizar a atuação dos segmentos econômicos e profissionais na elaboração das normas que regerão as respectivas relações, cuja dinâmica torna impossível ao Poder Legislativo editar leis que atendam à multiplicidade das situações dela decorrentes. Embargos declaratórios acolhidos apenas para prestar esclarecimentos. (Proc. TST-SDC ED-ROAA-751930/01, rel. Min. Ronaldo Leal, DJ 25/04/03).

6.2 AUMENTO REAL ESPONTÂNEO – ANTECIPAÇÃO COMPENSÁVEL

FLEXIBILIZAÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. AUMENTO REAL CONVERTIDO EM ANTECIPAÇÃO SALARIAL COMPENSÁVEL. SINDICATO. PARTICIPAÇÃO. Salvo negociação coletiva e, pois, com a participação e concordância do sindicato, não é válida a conversão de aumento real concedido espontaneamente pelo empregador em ulterior antecipação compensável, pois o aumento incorpora-se ao salário do empregado e a lei veda alteração unilateral do contrato de trabalho em prejuízo do empregado. A flexibilização salarial, conquanto viável, tem limite na lei e na Constituição Federal. Incidência da Súmula 333 do TST. Embargos não conhecidos. (Proc. TST-SDI-1 E-RR-481826/98.3, rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 03/10/03).

EMBARGOS. AUMENTO REAL CONCEDIDO. COMPENSAÇÃO POSTERIOR. ACORDO. ANUÊNCIA SINDICAL. NECESSIDADE. Por se tratar de aumento real que se incorpora ao contrato de trabalho para todos os efeitos, essa condição só pode ser alterada por meio de situações excepcionais, como a participação do Sindicato de classe, nos termos do art. 7º, inciso VI, da Constituição da República. Se a entidade de classe não está presente, torna-se inválida a alteração pactuada e não vinga a alegação que, após ter sido comunicada, a sua ausência implicou em concordância tácita. Incidência da Súmula nº 333/TST (Orientação Jurisprudencial nº 325 da Corte). Embargos não conhecidos. (Proc. TST-SDI-1 E-RR-731541/01.8, rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 23/04/04).

Quando a flexibilização referente a esse tema é trazida ao crivo do TST, geralmente ele reconhece a validade da cláusula, conforme acordado (ACT) ou convenicionado (CCT). O não reconhecimento de tal cláusula fica restrito à não observância da participação sindical, conforme acima se constata.

6.3 INTERVALO INTRAJORNADA – REPOUSO E ALIMENTAÇÃO

6.3.1 SUPRESSÃO TOTAL OU PARCIAL

Quando a flexibilização alcança os direitos trabalhistas indisponíveis (higiene, saúde e segurança), o TST não tem permitido, mesmo que o sindicato tenha participado, haja vista tais direitos não se colocarem na órbita de negociação.

São exemplos as seguintes ementas:

PETROQUÍMICOS - INTERVALO INTRAJORNADA LEI Nº 5.811/72 E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO - FLEXIBILIZAÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA IMPOSSIBILIDADE GARANTIA EXPRESSAMENTE ASSEGURADA POR LEI .

I - Segundo o artigo 444 da CLT, "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes". O princípio da autonomia da vontade, no âmbito do Direito do Trabalho, sofre severas limitações, mediante a fixação, pela lei, de condições mínimas de trabalho, cuja derogabilidade, em prejuízo do empregado, **não é possível, ante o caráter de ordem pública de que se revestem.**

II- É bem verdade que, com o advento da Constituição Federal de 1988, verifica-se ter o legislador pátrio adotado, de forma restrita, o princípio da flexibilização nas relações de trabalho, que, segundo a cátedra do douto ARNALDO SÜSSEKIND (em Instituições de Direito do Trabalho, 15ª edição - São Paulo: LTr, 1995, p. 204/205), "tem por objetivo conciliar a fonte autônoma" - lei - "com a heterônoma" – acordo ou convenção coletiva - "tendo por alvo a saúde da empresa e a continuidade do emprego", mediante a abertura de "uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública". Analisando-se o texto constitucional em vigor, constata-se ter o legislador permitido aos interlocutores sociais, mediante negociação coletiva, flexibilizar a rigidez de exigibilidade e renunciabilidade de alguns dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

III- Essa autorização, entretanto, não é ampla e irrestrita, de modo a permitir a redução de direitos expressamente assegurados pela lei, como na espécie, em que o intervalo intrajornada não concedido à categoria dos petroquímicos deve ser remunerado em dobro, nos termos do artigo 3º, II, da Lei nº 5.811/72. Recurso de embargos não conhecido. (TST-SDI-1 E-RR-764185/01.0, rel. Min. Moura França, DJ 29/08/03)

AÇÃO ANULATÓRIA. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

1. Ação Anulatória ajuizada pelo Ministério Público impugnando cláusula de convenção coletiva de trabalho. 2. O intervalo mínimo intrajornada constitui medida de higiene, saúde e segurança do empregado, não apenas garantida por norma legal imperativa (CLT, art. 71), como também tutelada constitucionalmente (art. 7º, inc. XXII da CF/88). Comando de ordem pública, é inderrogável pelas partes e infenso mesmo à negociação coletiva: o limite mínimo de uma hora para repouso e/ou refeição somente pode ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho (CLT, art. 71, § 3º).

3. O acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho, igualmente garantidos pela Constituição Federal como fontes formais do Direito do Trabalho, não se prestam a validar, a pretexto de flexibilização, a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho apenas pode ter lugar em matéria de salário e de jornada de labor, ainda assim desde que isso importe em contrapartida em favor da categoria profissional.

4. Inválida a cláusula de convenção coletiva de trabalho que autoriza a redução para 15 minutos do intervalo mínimo intrajornada para empregados motoristas submetidos a trabalho contínuo superior a seis horas.

5. Recurso Ordinário interposto pelo Sindicato patronal a que se nega provimento. (SDC RO-AA-81984/2003-900-07-00.8, rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 10/10/03)

Tal entendimento, hoje, compõe o Enunciado 333/TST, haja vista a recente edição da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1, que consigna: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafanço à negociação coletiva.”

6.3.2 DILATAÇÃO

Diferentemente da supressão, a SDI-1 tem permitido a dilatação do intervalo intrajornada, em que pese algumas Turmas divergirem.

VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. INTERVALO INTRAJORNADA. PERÍODO SUPERIOR AO LIMITE LEGAL DE DUAS HORAS. VALIDADE.

Os intervalos intrajornadas têm como limite máximo o período de duas horas, nos termos a que alude o art. 71, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma de ordem pública e que cuida de higiene e segurança do trabalho, razão por que não pode ser ignorada pelo empregador nem ser afastada por meio de ato unilateral empresário ou mediante ajuste tácito. Tal limitação, no entanto, pode ser afastada por acordo coletivo ou ajuste escrito entre empregado e empregador, nos termos da jurisprudência dominante nesta Corte Superior. Logo, existindo acordo escrito ou convenção coletiva a autorizar intervalo intrajornada superior ao limite de duas horas, fixado no art. 71 da CLT, a condenação ao pagamento de horas extraordinárias, em relação a tal período, viola o aludido preceito. A norma consolidada é clara ao prever a possibilidade de concessão de intervalo superior ao limite de duas horas, desde que respaldada pela existência de acordo ou convenção coletiva. A previsão de intervalo superior ao disposto no art. 71 da CLT, inserta no contrato de trabalho escrito e livremente avençada entre as partes, preenche o requisito legal para a extensão do intervalo intrajornada. Recurso de embargos conhecido por violação ao art. 896 da CLT. (SDI-1 E-RR-553400/99, rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ 04/06/04)

6.4 ESTABILIDADE AO TRABALHADOR ACIDENTADO

Este é outro tema que os órgãos do TST têm entendido como garantia fundamental.

ESTABILIDADE DO ACIDENTADO - ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91 - REDUÇÃO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE POR MEIO DE NORMA COLETIVA - O fato de a norma coletiva dispor de forma menos benéfica que a regra insculpada no artigo 118 da Lei nº 8.213/91 é capaz de justificar a sua exclusão do ajuste celebrado entre as partes. Com efeito, por se tratar de norma cogente (de ordem pública), que disciplina o período necessário (doze meses) à recuperação da saúde do empregado acidentado, não há como se concluir pela validade de transação que reduza a mencionada garantia. A Constituição Federal de 1988 admite a flexibilização do salário e da jornada dos trabalhadores, desde que garantida a manifestação desses por intermédio de assembléia devidamente convocada. Todavia, em se tratando de normas relacionadas à medicina e segurança do trabalho, estão fora da esfera negocial dos sindicatos, por serem de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes e revestirem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, em oposição ao princípio da autonomia. Recurso Ordinário provido. (SDC-RODC-788990/01, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 01/03/02).

ESTABILIDADE DO ACIDENTADO - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - RESTRIÇÃO À PROTEÇÃO MÍNIMA LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8213/91 - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 31 DA SDC DO TST. Cláusula que condiciona o direito de garantia de emprego ao empregado acidentado, após a data em que for atestada a sua recuperação pelos serviços médicos do INSS, desde que preenchidos os requisitos da existência de condições inseguras e de acidente de trabalho, a exclusivo critério da empresa, é ilegal, porque restritiva de direito mínimo assegurado por lei e porque contrária às normas de proteção à segurança e saúde. **Essa é a orientação da Corte: "Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes"** (Orientação Jurisprudencial nº 31 da SDC). Recurso ordinário não provido. (SDC-ROAA-753475/01, rel. Min. Milton de Moura França, DJ 08/11/02) – Grifo nosso.

6.5 ESTABILIDADE À GESTANTE

No tocante a esse tema a jurisprudência deve ser analisada sob dois enfoques: **antes** da revisão da Orientação Jurisprudencial 88 da SDI-1, quando constava a frase “salvo previsão contrária em norma coletiva”, e depois da revisão, quando tal frase foi suprimida.

Antes da revisão o TST julgava da seguinte maneira:

EMBARGOS - ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE - NORMA COLETIVA - DESCUMPRIMENTO.

1) O acórdão regional diverge da Orientação Jurisprudencial nº 88 da SBDI-1, que dispõe: "GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "B", ADCT)."

2) Em processo de negociação coletiva, as partes envolvidas fazem concessões mútuas para chegar a situação de consenso, cedendo em determinado ponto para auferir benefícios em outro, de forma que, ao final, estejam satisfeitas com o resultado obtido. Dessa forma, ocorrendo negociação coletiva em torno da garantia de emprego - gestante, entre outras cláusulas, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao preceito insculpido no art. 7º, XXVI, da Carta Magna, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Embargos não conhecidos. (SDI-1 E-RR-535290/99, rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 21/06/02)

Contudo, mesmo julgando conforme ementa acima, isso não significava que a norma coletiva pudesse dispor de forma menos benéfica que a regra prevista no artigo 10, I, "b", da Lei Maior, senão vejamos:

DISSÍDIO COLETIVO - ESTABILIDADE DA GESTANTE - ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA "B", DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.

O fato de a norma coletiva dispor de forma menos benéfica que a regra insculpida no artigo 10, inciso II, alínea b, da Constituição Federal de 1988 é capaz de justificar a sua exclusão do ajuste celebrado entre as partes. Com efeito, por se tratar de norma cogente e de caráter eminentemente social, que visa à proteção da maternidade e do nascituro, não há como se concluir pela validade de transação que reduza a mencionada garantia. A Constituição Federal de 1988 admite a flexibilização do salário e da jornada dos trabalhadores, desde que garantida a manifestação desses por intermédio de assembléia devidamente convocada. Todavia, em se tratando de normas relacionadas à proteção da maternidade (e do nascituro), estão fora da esfera negocial dos sindicatos, por serem de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes e revestirem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, em oposição ao princípio da autonomia. Recurso Ordinário conhecido e provido. (SDC RODC-796714/01, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 07/06/02)

Hoje, a Orientação Jurisprudencial 88 não permite mais que norma coletiva preveja qualquer tipo de afastamento da indenização decorrente da estabilidade da gestante. É essa a dicção da Orientação Jurisprudencial: "O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b", ADCT)."

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA GESTANTE. 1. Prevê o artigo 10, inciso II, b, do ADCT o direito da gestante à estabilidade provisória no emprego, demarcando-o desde a data da confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. Deste comando constitucional, não há como admitir a interpretação restritiva, que permite a fomentação do entendimento no sentido de que o não-cumprimento de prazo fixado em norma coletiva a respeito da obrigatoriedade de comunicação ao empregador do estado gravídico seria fator impeditivo ao direito à estabilidade provisória, ou, pelo menos, de redução do período estável. Em verdade, a construção jurisprudencial no sentido de a demora da gestante em comunicar o seu estado ao empregador, em face do estabelecido em norma coletiva, provocar prejuízos à gestante decorreu do entusiasmo de privilegiar as convenções e acordos coletivos de trabalho, como forma de respeitar o entabulado entre as partes. Com este raciocínio, colocou-se à margem da discussão fator nuclear ao intuito do constituinte, visto revestir-se a estabilidade assegurada no Texto Constitucional de caráter dúplice, pois não só tem a finalidade de resguardar o direito da trabalhadora, mas, precipuamente, proteger o nascituro. 2. Não caracterizada ofensa ao artigo 10, inciso II, b, do ADCT, nega-se provimento ao agravo. (1ª T. AI-RR-14224/2002-900-04-00.0, rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 17/09/04)

Frise-se que tal decisão foi confirmada pelo Pleno do TST, em grau de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, ensejando a alteração da Orientação jurisprudencial.

6.6 HORAS IN ITINERE

Quanto a este tema o TST é uníssono no tocante a prestigiar o princípio da autonomia da negociação coletiva, no sentido de não considerar como extra o tempo despendido no deslocamento do trabalhador ao serviço. Eis alguns julgados:

HORAS "IN ITINERE" - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. O direito às horas in itinere decorria de uma construção jurisprudencial nascida da interpretação do art. 4º da CLT, inexistindo, à época da celebração das normas coletivas em discussão, p revisão legal para a concessão dessa vantagem. Desse modo, não há falar em conflito da norma convencional com a lei e tampouco óbice à negociação coletiva. Nos termos do art. 7º, XXVI, da Carta Magna de 1988, que prestigiou o acordo entre as partes, deve ser considerada válida a cláusula coletiva que limitou o pagamento de horas "in itinere" ao tempo que excedesse aos 90 (noventa) minutos. Recurso conhecido e provido. (2ª Turma RR-540553/99, rel. Min. Luciano de Castilho Pereira, DJ 21/11/03)

EMBARGOS DO RECLAMANTE HORAS IN ITINERE - ACORDO/CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO ESTABELECEndo COMO IN ITINERE APENAS AS HORAS SUPERIORES A NOVENTA MINUTOS DIÁRIOS – VALIDADE. A Constituição Federal, além de reconhecer, expressamente, em seu artigo 7º, inciso XIV, as convenções e

acordos coletivos de trabalho, dispõe, no § 2º, do artigo 114, que as categorias dissidentes só podem buscar a prestação jurisdicional do Estado, após a tentativa de negociação coletiva. Verifica-se, deste modo, que a atual Carta Magna quis privilegiar a negociação coletiva, incentivando o entendimento direto das categorias, independente da intervenção do Estado. E como reforço à negociação coletiva, a Constituição Federal passou a admitir a flexibilização das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tornando viável a redução dos salários, a diminuição da jornada de trabalho e a adoção de turnos de revezamento superiores a seis horas, conforme se vê nos incisos VI, XIII e XIV, do seu artigo 7º. É, portanto, viável considerar como in itinere apenas as horas superiores a noventa minutos diários. Embargos não conhecidos. (SDI-1 E-RR-462913/98, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 27/10/00)

6.7 MINUTOS QUE SUCEDEM E ANTECEDEM À JORNADA DE TRABALHO - CARTÃO DE PONTO

O TST tem permitido a flexibilização, neste aspecto, mesmo em período diverso daquele estabelecido pela OJ nº 23 da SDI-1, ao entendimento de que os minutos anteriores e posteriores à jornada de trabalho, utilizados na marcação do cartão de ponto, não são considerados como extraordinários.

DISPENSA DE MARCAÇÃO DE PONTO. Não se trata de não observação do art. 74, § 2º da CLT, mas de norma elaborada em um patamar de igualdade, pelas entidades profissional e patronal, pelos princípios da autonomia privada e coletiva e o da flexibilização, agasalhados pela Carta Magna (art. 7º, V e XII), que permitem a elas assim acordarem, considerando os seus interesses e as peculiaridades de suas atividades. Confirma-se que é a autocomposição, e não outra, a forma ideal de solver as questões trabalhistas. Uma efetiva disposição para o diálogo tem, por isso mesmo, boas chances de conduzir ao sucesso. Esta, com certeza, foi a intenção do legislador ao introduzir na Constituição Federal a possibilidade da redução salarial, caso previsto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, inciso VI, da CF). (SDC RO-DC-58728/02, rel. Min. Carlos Alberto, DJ 30/05/03)

ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO PREVISÃO DA ADOÇÃO DA SEMANA ESPANHOLA E DE TOLERÂNCIA DE QUINZE MINUTOS PARA A MARCAÇÃO DE PONTO, SEM O PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS - A Constituição Federal, além de reconhecer, e expressamente, em seu artigo 7º, inciso XIV, as convenções e acordos coletivos de trabalho, dispõe, no § 2º, do artigo 114, que as categorias dissidentes só podem buscar a prestação jurisdicional do Estado, após a tentativa de negociação coletiva. Verifica-se, deste modo, que a atual Carta Magna quis privilegiar a negociação coletiva, incentivando o entendimento direto das categorias, independente da intervenção do Estado. E como reforço à negociação coletiva, a Constituição Federal passou a admitir a flexibilização das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tornando viável a redução dos salários, a diminuição da jornada de trabalho e a adoção de turnos de revezamento superiores a seis horas, conforme se vê nos incisos VI, XIII e XIV, do seu artigo 7º. É, portanto, viável o estabelecimento do regime de compensação conhecido como semana espanhola, bem como a previsão de tolerância de

quinze minutos antes ou após a jornada de trabalho para a marcação de ponto, sem o pagamento de horas extras. (5ª T. RR-536710/99.2, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 29/08/03)

HORAS EXTRAS MINUTO A MINUTO LIMITAÇÃO CONVENÇÃO COLETIVA Ocorrendo negociação coletiva fixando em 20 minutos o prazo de tolerância para a marcação de ponto, deve ser observado o instrumento normativo. O art. 7º, XXVI, da Carta Magna assegura o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. (3ª T. RR-28917/02, rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 19/12/02)

Comentando a respeito de sua decisão, no processo RR-28.917/02, aresto acima transcrito, a Ministra Maria Cristina Peduzzi, consignou:

Apesar da jurisprudência do TST, ocorrendo negociação coletiva fixando em vinte minutos o prazo máximo de tolerância para a marcação de ponto, deve ser observado o instrumento normativo. A cláusula para excluir do cômputo das horas extras os vinte minutos a cada batida do cartão de ponto constou de convenções coletivas firmadas entre Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Calçados de Dois Irmãos e Morro Reuter e o Sindicato das Indústrias de Calçados de Dois Irmãos.

Em processo de negociação coletiva, as partes envolvidas fazem concessões mútuas, objetivando chegar à situação de consenso, cedendo em determinado ponto para auferir benefícios em outro, de forma que, ao final, estejam satisfeitas com o resultado obtido. (<http://www.tst.gov.br/noticias> - 17.12.03)

6.8 COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Seguindo os comandos constitucionais e consolidados, é permitida a flexibilização também neste particular, inclusive mediante acordo individual entre as partes, desde que escrito e que não haja norma coletiva em sentido contrário. É o que prevê a Orientação Jurisprudencial nº 182 da SDI-1: “Compensação de jornada. Acordo individual. Validade. É válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário”.

Citem-se os seguintes precedentes:

VALIDADE DO ACORDO INDIVIDUAL DE COMPENSAÇÃO DA JORNADA APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO ATUAL. Este Tribunal, mediante a Orientação Jurisprudencial nº 182 da SBDI1, já sedimentou entendimento segundo o qual é válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em posição contrária. (SDI-1 E-RR-92993/93, rel. Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ 08/06/01)

COMPENSAÇÃO DE JORNADA - ACORDO INDIVIDUAL - VALIDADE. É válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. Recurso de embargos parcialmente provido para excluir da condenação as horas extras, assim consideradas aquelas prestadas no regime de compensação. (SDI-1 E-RR-194186/95, rel. Min. Milton Moura França, DJ 27/10/00)

6.9 TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

Quanto a esse ponto, a jurisprudência do TST não é uniforme, uma vez que a SDI, bem como as Turmas divergem entre si. Uma consideram válidos os acordos coletivos que promovem regimes alternativos aos turnos ininterruptos de revezamento e, até mesmo, a redução do percentual pago pelo serviço extraordinário, outras invalidam tais acordos, a despeito da OJ nº 169 da SDI-1, que consigna: “Turno ininterrupto de revezamento. Fixação de jornada de trabalho mediante negociação coletiva. Validade. Quando há na empresa o sistema de turno ininterrupto de revezamento, é válida a fixação de jornada superior a seis horas mediante a negociação coletiva”.

Objetivando resolver esse impasse, o Ministro Vantuil Abdala, Presidente do Tribunal, suscitou Incidente de Uniformização de Jurisprudência, (IUJ-ERR-632094/00, rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula) para que o Pleno examine a manutenção ou cancelamento da aludida Orientação Jurisprudencial.

6.10 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – NORMA COLETIVA – REDUÇÃO – VALIDADE

Não gera mais nenhuma discussão questão referente à validade de norma coletiva que cuida da redução do percentual do adicional de periculosidade, pois a Orientação Jurisprudencial nº 258 veio sepultar qualquer dúvida.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO PROPORCIONAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. A Subseção de Dissídios Individuais I deste Tribunal já pacificou a questão com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 258, segundo a qual a fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal/1988). Recurso conhecido em parte e provido. (2ª T RR-632067/00, rel. Min. Luciano de Castilho Pereira, DJ 13/08/04)

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PROPORCIONALIDADE. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. VALIDADE. 1. A Constituição da República, a par de assegurar condições mínimas de trabalho, protege as convenções e acordos coletivos de trabalho, especialmente permitindo a negociação coletiva para reduzir salários e fixar jornada de trabalho. Enseja, assim, uma relativa flexibilização de tais cláusulas do contrato de trabalho, privilegiando, no particular, a desejável autonomia privada coletiva do Sindicato. 2. A jurisprudência dominante do TST, consubstanciada no Precedente nº258 da SBDI1, considera que a Justiça do Trabalho não pode exacerbar o intervencionismo estatal na relação de emprego, revelando-se mais realista que a Constituição da República e que os próprios interlocutores sociais, que decerto têm razões sérias quando ultimam, com êxito, uma negociação coletiva. 3. É válida, à luz do art. 896 da CLT, cláusula de acordo coletivo de trabalho estipulando adicional de periculosidade proporcional ao tempo de exposição ao risco. 4. Embargos conhecidos, por violação aos artigos 896 da CLT e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, e providos para, nos termos do artigo 143 do RITST, julgar improcedente o pedido principal relativo ao pagamento de adicional de periculosidade integral (SDI-1 E-RR-655246/00, rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 14/03/03)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que, historicamente, o Direito do Trabalho surgiu rompendo o mito da igualdade entre as partes numa relação contratual, eis que na origem as relações de trabalho eram regidas pelas normas de Direito Civil, que as contemplavam sob a forma de prestação de serviços e tinham como pressuposto básico a liberdade de contratar e a igualdade entre as partes contratantes.

Esse ideal liberal, fruto da revolução francesa permitiu que, à época da revolução industrial, se realizasse uma exploração do homem pelo próprio homem sem precedentes.

Dessa forma, ficou patente para o mundo que a liberdade das partes para contratar o trabalho, bem como a igualdade entre si, em nome da qual se pregava o abstencionismo do Estado Liberal, eram uma farsa que servia a propósitos espúrios, forjando-se, assim, as primeiras leis protetivas do trabalho e a própria evolução do Estado, que passou a intervir em prol do social. Hoje o que chamaríamos de Estado Democrático de Direito.

Assim nasceu o Direito do Trabalho, com o destino de “proteger” o trabalhador da força avassaladora e impiedosa do capital, rompendo o cordão umbilical que o unia ao Direito Civil. Foi, dessa forma, em nome do princípio da proteção, estabelecida uma desigualdade jurídica para compensar uma desigualdade econômica.

Por isso é que o princípio da proteção continua atualíssimo, plenamente de acordo com a Carta Magna de 1988, que coloca como um de seus objetivos principais a promoção não apenas da igualdade formal – perante a lei – mas também da igualdade substancial – de fato.

Logo, pode-se dizer, considerando-se que a igualdade de fato só se realiza quando se trata desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, que o princípio da proteção do Direito do Trabalho encontra fundamento no próprio artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.

No entanto, no contexto atual, onde reina o evento da globalização econômica e do neoliberalismo que colocou em curso importantes transformações no mundo jurídico, haja vista que até a soberania estatal começa a ser repensada, surge a seguinte questão: O princípio da proteção deverá ser repensado? Ou melhor poderá por causa da globalização/flexibilização?

Se por um lado, remontamos à origem do Direito do Trabalho para entendermos a sua gênese dentro das circunstâncias históricas, sociais, econômicas e políticas que engendraram, por outro, temos, sim, de encará-lo à luz da atualidade, fazendo o necessário contraponto com a realidade que hoje lhe é subjacente.

O princípio da proteção não possui caráter contingente, emergente, de um determinado momento histórico e a ele circunscrito. Assim leciona Plá Rodrigues se referindo a tal princípio: “deriva da própria natureza do Direito do Trabalho, que se mantém idêntica através do tempo e do espaço” (1994, p. 28). As diversas maneiras pelas quais ele pode ser aplicado é que variam de acordo com as necessidades de cada época e lugar.

Não se pode dizer que, com a flexibilização, o princípio da proteção, que se materializa na aplicação dos princípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica e *in dubio pro operario*, venha a sucumbir. Ele continua em vigor. O que ocorre é que esses princípios não são absolutos, existindo, em nosso ordenamento jurídico, hipóteses de exceções a eles previstas na própria Constituição (redução salarial, redução da jornada de trabalho, compensação de horários, etc) e em lei infraconstitucional (trabalho temporário e contrato por prazo determinado), justamente para que possa haver adaptação à realidade de um determinado momento, à realidade de uma determinada região, empresa, setor da economia, etc.

Nesse contexto, nada obsta, em tese, que hipóteses de flexibilização das condições de trabalho, mediante negociação coletiva, sejam ampliadas, através de uma reforma da legislação do direito material, que conserve apenas os direitos considerados fundamentais como inderrogáveis, e amplie o espaço para a

negociação coletiva, no que concerne aos demais aspectos do contrato de trabalho. A proteção, no caso, estaria assegurada pela presença da representação sindical, tanto para ampliar benefícios, além do mínimo garantido em lei, quanto para, em momentos de crise, ter autonomia para abrir mão de outros.

Contudo, diferentemente da flexibilização, a desregulamentação sim implicaria no fim do princípio da proteção e da própria existência do Direito do Trabalho como ciência distinta do Direito Civil, já que seria o restabelecimento da antiga liberdade de contratar, sem qualquer limite imposto pelo Estado, pressupondo a igualdade entre as partes, em um claro retorno à postura abstencionista, a qual o Direito do Trabalho se afastou.

Por isso, a fim de evitar a total desregulamentação das condições de trabalho, como pregam e anseiam alguns, faz-se necessário nesse momento um modelo de organização sindical capaz de promover uma efetiva proteção aos trabalhadores, garantindo, assim, direitos mínimos irrenunciáveis e negociando outros.

Mas, entendemos que, para que os nossos sindicatos sejam capazes de promover tal proteção, mister se faz uma reforma constitucional, objetivando a eliminação dos resquícios corporativistas presentes no atual texto constitucional, como: a unicidade sindical, o monopólio da representação, a contribuição sindical obrigatória e o sistema artificial de federações e confederações pouco representativas.

Ressalte-se, ainda, que não devemos nos deixar influenciar pelo discurso neoliberal que nos tentam inculcar que o Direito do Trabalho deve acompanhar, sob pena de se tornar anacrônico, as mudanças urgentes e radicais operadas pela revolução econômica, abraçando a idéia de globalização a qualquer custo. Há que se ter visão crítica. Os valores que orientam o desenvolvimento econômico não são os mesmos que orientam o direito, especialmente o Direito do Trabalho. Querer que este vá a reboque daquele implica contrariar a sua própria natureza e transformá-lo em mero garantidor dos interesses econômicos.

Pois, se por um lado, vivemos em um sistema de economia capitalista, cada vez mais globalizada, por outro, vivemos sob a égide de uma Constituição que adota o princípio da justiça social (art. 170) como norteador da ordem econômica e social; que elege os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, lado a lado com a livre iniciativa (art. 1º, IV) e que proclama o Estado Democrático de Direito.

Assim, as normas trabalhistas, eis que eminentemente sociais, que venham a ser geradas ou flexibilizadas no Brasil, sejam elas provenientes de fontes autônomas ou heterônomas devem, necessariamente, estar em uníssono com o espírito da Constituição, que prima, dentre outros princípios, pela dignidade da pessoa humana .

Pelo exposto, entendemos que a flexibilização - e não a desregulamentação - deve ser adotada, entretanto com cautela, sem atropelos, devendo ser precedida, inclusive, de uma reforma sindical séria, comprometida com o bem estar social de nosso povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRARI, I.; NASCIMENTO, A. M.; MARTINS FILHO, I. G. História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. 2ª ed. SP: Ltr, 2002.

JAVILER, Jean-Claude. Deve-se desregulamentar as relações de trabalho? Revista **Synteses**. SP: nº 23, 1996, pp. 14-16.

MACALOZ, Salete Maria. et al. Globalização, neoliberalismo e direitos sociais. RJ: Destaque, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. SP: Ed. Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História Geral do Direito do Trabalho. In _____. Iniciação ao Direito do Trabalho. SP: LTr, 2003, 23ª edição. pp. 41-42.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O Direito do Trabalho no limiar do século XXI. **Revista LTr**. SP: ano 60, nº 8, agosto/1996.

PINTO, J. A. R. e FILHO, R. P. Flexibilização. In _____. *Repertório de conceitos trabalhistas*, V. 1. SP: LTr, 2000. pp. 281-284.

PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Trad. Wagner D. Giglio. SP: LTr. 1994.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 18ª ed. SP: Saraiva, 1991. pp. 369-372.

_____. Filosofia do direito. SP: Saraiva, 1975. p. 57.

ROMITA, Arion Sayão. Noções atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. In: Pinto, J. a. r. (Coord.). *A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho*. SP: Ltr, 1995. pp. 112-123.

_____. Globalização da economia e Direito do Trabalho. SP: Ltr, 1997.

_____. O princípio da proteção em xeque. **Síntese Trabalhista**, nº 56, junho/2002 – Doutrina.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. O princípio de proteção. O princípio *in dubio pro operario*. O princípio da primazia da realidade. In _____. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. SP: LTr, 1999. Cap. II, IV e X. pp. 29, 62-63 e 195-196.

SUSSEKIND, A. A transição do Direito do Trabalho no Brasil. In: NASCIMENTO, A. M. (Coord.). Alcance e objeto da flexibilização do Direito do Trabalho. SP: LTr, 1999. pp. 33-38.

_____. Direito Internacional do Trabalho. 2ª edição. SP: LTr, 1987.

_____. Direito Constitucional do Trabalho. 2ª edição. RJ: Renovar, 2001. pp. 33-40.

SEFIDVASH, Farhang. O conceito de globalização. Traduzido por Rangvald Taetz Disponível em: http://www.geocities.com/gladys_yoly_98/globaliza%C3%A7%C3%A3o.htm Acesso em 20 set 2004.

CF/88 - CLT - LEIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/cons.htm>

TST – EMENTAS/ACÓRDÃOS. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/base_juridica>

TST – COMENTÁRIOS/MINISTROS. Disponível em:< <http://www.tst.gov.br/noticias>>

ANEXOS (ACÓRDÃOS – EM ORDEM NUMÉRICA)